¿HAY EN LA ARGENTINA PUEBLOS INDÍGENAS “NO-ARGENTINOS”?

Juan Manuel Salgado

A partir del reconocimiento constitucional de los “pueblos indígenas argentinos” (art. 75 inc. 17 C.N.) surgió una pretendida “interpretación”, expuesta en escritos judiciales (no en las publicaciones de doctrina jurídica), que considera el carácter “argentino” como excluyente de ciertos grupos (que serían los indígenas “no-argentinos”) que no gozarían de los mismos derechos constitucionales.

Esta línea argumental empalma con posturas antropológicas que sostienen que algunos pueblos, particularmente el pueblo mapuche, son de origen chileno. Armados de esta “cientificidad”, muchos abogados defensores de intereses en conflicto con pueblos indígenas, pretenden que éstos sorteen una especie de “test de argentinidad” antes hacerse acreedores a los derechos constitucionales.

Esta estrategia negatoria de los derechos indígenas no los cuestiona frontalmente, en abstracto, sino que pretende reducir su aplicación a los casos concretos, mediante la combinación de una dudosa antropología de base epistemológica “esencialista” que considera la *chilenidad* y la *argentinidad* como características humanas preexistentes incluso a los estados chileno y argentino, con una no menos cuestionable interpretación jurídica.

Desde al ámbito de la antropología son numerosas las voces que rechazan la interpretación sostenida sobre todo por el Sr. Casamiquela. Pero no es mi intención internarme en esa disciplina sino demostrar la falta de seriedad de la postura jurídica que dice que los derechos indígenas establecidos en la Constitución sólo se otorgaron a los pueblos que se encontraban en territorio argentino antes de la formación del estado. Esta resulta no sólo una interpretación disparatada sino que además contradice normas constitucionales e internacionales.

No aparece de los debates de la reforma constitucional que se haya tenido alguna intención de diferenciar a los pueblos indígenas “argentinos” de otros que no lo serían. El término “argentinos”, agregado a los *pueblos indígenas* cuya

preexistencia étnica y cultural se reconoce, sigue la fórmula similar ecuatoriana[1] y tiene como finalidad asegurar la indivisibilidad del estado. Entenderlo de otro modo sería inadecuado, como lo señala Quiroga Lavié,[2] ya que implicaría una categorización jurídico-política ("argentino") que nace posteriormente al estado, aplicada a pueblos que lo preexistieron.

Resulta que uno de los principales puntos en discusión en todos los foros en que se debate y decide acerca de los derechos de los pueblos indígenas es la relación entre éstos y los estados dentro de cuyas fronteras se encuentran. Particularmente conflictiva por sus implicancias jurídicas es la denominación de "pueblos",[3] que los indígenas reclaman y que la Constitución reconoce, ya que el art. 1 de los dos principales tratados internacionales de derechos humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, establecen expresamente que *"Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación"*.

Actualmente, luego de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, no se duda de que éstos tengan derecho a la libre determinación.[4] Pero recién ya entrada la década de 1990 el derecho internacional comenzó a reconocer que podía haber formas de implementar el derecho de libre determinación de los pueblos como "libre determinación interna",[5] de un modo distinto al de la secesión, motivo por el cual hasta ese momento los estados optaban por utilizar el concepto "poblaciones indígenas" (tal como aparece en el Convenio 107 de la O.I.T.) o por establecer fórmulas que aventen toda posibilidad de separación territorial.

---

[1] Gelli, María Angélica; *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y Concordada,* Buenos Aires, La Ley, 2003, pág. 572.

[2] Quiroga Lavié, Humberto; Benedetti, Miguel Angel y Cenicacelaya, María de las Nieves; *Derecho Constitucional Argentino,* Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, 2001, Tomo I, pág. 329.

[3] Anaya, James; *Indigenous Peoples in International Law,* New York NY, Oxford University Press, 1996, pág. 77.

[4] Tal como lo establecen los arts. 3 y 4 de esa Declaración.

[5] Henrard, Kristin y Smis, Stefan; "The Right to Self-Determination and the Accommodation of Cultural Diversity" en *Law and Cultural Diversity,* Utrech, Netherlands Institute of Human Rights, 1999, pág. 119.

Esto último es lo que origina tanto el tercer apartado del art. 1 del Convenio 169 de la O.I.T.de 1989[6] como el aditamento de “argentinos” en nuestra fórmula constitucional.

Establecido esto, se ve lo disparatado de la pretensión de distinguir entre los pueblos indígenas “argentinos” y aquellos que no lo serían. Esta interpretación, que no reconoce ningún antecedente (jurisprudencial, doctrinario o parlamentario), además resulta violatoria del principio de no discriminación que está en la base de nuestra Constitución y de todos los tratados de derechos humanos.

Después de claras afirmaciones de los organismos internacionales de derechos humanos[7] y del texto expreso del preámbulo del Convenio 169 de la O.I.T.,[8] hoy no puede discutirse que los derechos de los pueblos indígenas conforman un capítulo del derecho de los derechos humanos al que se le aplican todos los principios generales en esta materia, especialmente el de no discriminación por origen nacional, claramente establecido en los arts. 1 y 24 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, el art. 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el art. 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el art. 1.1 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, que sólo reconoce excepciones en el ejercicio de los derechos políticos de ciudadanía, lo que no es del caso que nos ocupa.

El Comité de Derechos Humanos de la O.N.U., cuya competencia nuestro país ha reconocido expresamente al ratificar (e incorporar a la Constitución Nacional) el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Humanos, en su Observación General 23 estableció que *“ningún Estado Parte puede limitar la aplicación de los derechos enunciados en el artículo 27 exclusivamente a sus*

---

[6] “La utilización del término *pueblos* en este Convenio no deberá interpretarse en el sentido de que tenga implicación alguna en lo que atañe a los derechos que pueda conferirse a dicho término en el derecho internacional”.

[7] Comisión Interamericana de Derechos Humanos; *La situación de los derechos humanos de los indígenas en las Américas,* Washington D.C., O.E.A., 2000, pág. 1. Corte Interamericana de Derechos Humanos en “Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua”, sentencia del 31 de agosto del 2001. Comité de Derechos Humanos de la O.N.U., Observación General 23. Derechos de las minorías (artículo 27), 8 de abril de 1994. Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, Recomendación general XXIII: pueblos indígenas, 51º sesion, 1997.

[8] El carácter normativo del preámbulo del tratado está establecido en el art. 31.2 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

nacionales. El artículo 27 reconoce derechos a las personas pertenecientes a minorías que 'existan' en un determinado Estado Parte" (el subrayado me pertenece).[9]

Por otra parte, una de las fuentes[10] más importantes de los derechos de los pueblos indígenas proviene de los instrumentos generales de derechos humanos, especialmente a través de la interpretación realizada por el Comité de Derechos Humanos en relación al art. 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos[11] y por la Corte Interamericana de Derechos Humanos respecto de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica).[12] Ambos instrumentos son explícitos en cuanto a que los derechos que ellos garantizan deberán aplicarse *sin discriminación* de origen nacional (arts. 1.1 y 24 de la Convención Americana y arts. 2.1 y 26 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos). La Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, por otra parte, entiende como "discriminación" *"toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico, que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales"* (art. 1.1). Se trata además de un principio incorporado al "ius cogens" como principio inderogable de comportamiento de los estados.

Es obvio que no hay forma de conciliar esta prohibición de discriminación con la aviesa interpretación que entiende que hay dos clases de pueblos

---

[9] La misma Observación General trata sobre el derecho a la tierra de los pueblos indígenas como un derivado de la protección de sus culturas, lo que por otra parte coincide con el art. 13.1 del Convenio 169 de la O.I.T.

[10] A grandes rasgos podemos decir que los principales derechos de los pueblos indígenas reconocen cuatro fuentes importantes en nuestro derecho: 1) el art. 75 inc. 17 de la Constitución Nacional, 2) los tratados de derechos humanos incorporados en el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, 3) el Convenio 169 de la O.I.T. y 4) en algunos casos las constituciones provinciales.

[11] Casos "Lovelace vs. Canada", 30/7/1981 (Com. 24/1977); "Ritok vs. Suecia", 10/8/1988 (Com. 197/1985); "Ominayak vs. Canada", 10/5/1990 (Com. 167/1984); "Marshall vs. Canada", 3/12/1991 (Com. 205/1986); "Ilmari Länsman vs. Finlandia", 8/11/1994 (Com. 511/1992); "Jouni Länsman vs. Finlandia", 22/11/1996 (Com. 671/1995); "Mahuika vs. Nueva Zelandia", 15/11/2000 (Com. 547/1993) y "Äärelä y Näkkäläjärvi vs. Finlandia", 7/11/2001 (Com. 779/1997). No en todos los casos se falló a favor de los reclamantes, pero siempre se consideró que dentro del art. 27 del Pacto se encontraba el deber de los estados de respetar, proteger y garantizar el mantenimiento de la cultura de los pueblos indígenas.

[12] Casos "Aloeboetoe y otros vs. Suriname", sentencia del 10/9/1993; "Comunidad Sumo Mayagna Awas Tingni vs. Nicaragua", sentencia del 31/8/2001; "Comunidad Moiwana vs. Suriname", sentencia del 15/6/2005; "Comunidad Yakye Axa vs. Paraguay", sentencia del 17/6/2005; "Yatama vs. Nicaragua", sentencia del 23/6/2005 y "Comunidad Sawhoyamaxa vs. Paraguay", sentencia del 29/3/2006.

indígenas, los "argentinos" y los que no lo son, y que los derechos especiales sólo corresponderían a los primeros.

Todo ello muestra lo extraviado de una pretensión que, sin embargo, parece tener gran éxito en las fundamentaciones a las que recurren las administraciones y los tribunales (sobre todo en el ámbito provincial) para negarse a aplicar los derechos de los pueblos indígenas alegando que no son argentinos.[13]

[13] Esto no implica de ningún modo reconocer como ciertas las afirmaciones que se hacen habitualmente respecto al origen "chileno" del pueblo mapuche. No puede menos que señalarse la continuidad histórica en los argumentos violatorios de los derechos humanos. El mismo calificativo de "chilenos" (con similares tonalidades discriminatorias) fue utilizado para llevar a cabo las acciones militares de fines del siglo XIX (denominadas "campaña del desierto"), cuya reparación ahora se busca, y también sirvió de excusa para efectuar las matanzas de obreros rurales realizadas en nuestra Patagonia en 1921.